

Rassegna di giurisprudenza

(a cura di Gennaro Notarnicola, Francesco Muscatello, Vincenzo Ninivaggi, Ermelinda Pastore)

Anche in questo numero la rassegna di giurisprudenza contiene riferimenti a precedenti oggettivamente rilevanti, anche se in taluni casi indirettamente, sul versante delle garanzie di difesa e del pieno esplicarsi del nostro ruolo di amministrativisti.

La recente decisione dell'Adunanza plenaria n. 7/2024 in punto di rilevanza, ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale nelle gare d'appalto, dell'omesso versamento del contributo unificato in relazione alle controversie in tale materia evoca ancora una volta la questione dell'erosità di questo balzello (solo in parte attenuata dalla novella del Codice dei contratti che esclude la duplicazione per l'ipotesi di motivi aggiunti) che si risolve in un ostacolo di non poco momento al concreto esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale in un settore che registra costantemente *standard* di legalità inadeguati.

Significative le prime pronunce dei TAR in tema di equo compenso che, pur riferite alle procedure di gara per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura, rivestono indubbio interesse anche per la nostra categoria. Di rilievo in proposito le iniziative promosse in queste settimane dalle Associazioni aderenti all'UNAA per una riflessione *funditus* sul tema (si vedano gli incontri promossi dall'Associazione ligure e dalla Camera Lecce-Brindisi-Taranto).

Di interesse, infine, una pronuncia della Sezione VI del Consiglio di Stato che, affrontando il nodo dei rapporti tra gli istituti dell'interdittiva antimafia e del controllo giudiziario, valorizza la finalità conservativo-recuperatoria di quest'ultimo che resterebbe frustrata da letture ingiustificatamente restrittive come quella alla base del provvedimento amministrativo annullato. Il precedente costituisce spunto per un ulteriore spazio di riflessione in ordine alla divaricazione registrata tra l'approccio del Giudice amministrativo in sede di delibazione dell'*iter* logico alla base delle interdittive e quello del Giudice penale in punto di valutazione del profilo dell'occasionalità in relazione alle istanze di controllo giudiziario, tema affrontato a Ravello nel primo convegno della giustizia amministrativa dell'ottobre 2023, prezioso punto di partenza per un dibattito da proseguire.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 7 del 24 aprile 2024, Pres. Maruotti, Est. Maggio

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato affronta, nella sentenza n. 7 del 24.4.2024, la questione relativa al possesso in via continuativa dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare dalla presentazione dell'offerta fino alla conclusione della gara con la stipula del contratto, valorizzando l'obbligo, simmetrico, del concorrente di informare, nel corso della procedura, la stazione appaltante in ipotesi di eventuali sopravvenienze destinate ad incidere sulla persistenza degli stessi.

La questione delibata riguarda, in particolare, il possesso del requisito della <correttezza> nel pagamento di imposte e tasse: infatti, nell'ambito del contenzioso relativo ad una gara di servizi di rilievo comunitario, era stato eccepito il difetto in capo all'aggiudicataria del possesso della regolarità fiscale, sicché si invocava l'esclusione della stessa sia per tale carenza sia per non aver dichiarato siffatta carenza.

L'anomalia afferente la regolarità fiscale era, nel concreto, correlata – peculiarità della questione – al mancato pagamento del contributo unificato per un ricorso in appello che aveva condotto la Segreteria della Sezione del Consiglio di Stato a notificare all'impresa, di poi divenuta aggiudicataria, l'invito al pagamento che, in quanto non effettuato nei tempi assegnati, era stato sanzionato nella misura di € 18.000 per il ritardo.

Per vero, l'Adunanza plenaria ha enunciato principi ed attinto conclusioni già emersi nel panorama giurisprudenziale, definendo *ex art. 99, comma 4, c.p.a.* la controversia che aveva originato l'intervento nomofilattico.

A tal fine, viene data <continuità> ai seguenti principi di diritto:

- 1) i certificati rilasciati dalle autorità competenti, in ordine alla regolarità fiscale o contributiva del concorrente, hanno natura di dichiarazioni di scienza e si collocano fra gli atti di certificazione o di attestazione facenti prova fino a querela di falso, per cui si impongono alla stazione appaltante, esonerandola da ulteriori accertamenti: tale effetto riguarda, unicamente, la prova circa la sussistenza del requisito e degli accertamenti richiesti al fine di verificare la veridicità delle dichiarazioni all'uopo rese dal concorrente in sede di gara;
- 2) il concorrente che partecipa a una procedura a evidenza pubblica deve possedere, continuativamente, i necessari requisiti di ammissione e ha l'onere di dichiarare, sin dalla presentazione dell'offerta, l'eventuale carenza di uno qualunque dei requisiti e di informare, tempestivamente, la stazione appaltante di qualsivoglia sopravvenienza tale da privarlo degli stessi.

Va evidenziato che, secondo l'Adunanza plenaria, l'obbligo dichiarativo "*deve ricollegarsi, alla necessità, sancita dall'art. 1, comma 2-bis, della L. 7 agosto 1990, n. 241, che: <I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione (siano) improntati ai principi della collaborazione e della buona fede>*": secondo l'Adunanza plenaria, "*tale disposizione, infatti, ha posto un principio generale sull'attività amministrativa e si estende indubbiamente anche allo specifico settore dei contratti pubblici (Cons. Stato, Sez. III, 19 febbraio 2024, n. 1591; Sez. V, 16 agosto 2021, n. 5882)*".

È notorio che si tratta di un comma aggiunto dall'articolo 12, comma 1, lettera 0a), del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120, sicché resterebbe da definire la situazione dell'obbligo dichiarativo del concorrente prima della sua introduzione nell'ordinamento giuridico.

In questa prospettiva, l'Adunanza plenaria ha dato atto che l'art. 85 d.lgs. 2016 n. 50 "*non prevede espressamente il dovere di comunicare alla stazione appaltante le eventuali cause di esclusione dalla gara verificatesi in un momento successivo alla presentazione dell'offerta*", contrapponendo, però, la considerazione che "*poiché i requisiti di partecipazione devono sussistere per tutta la durata della gara e sino alla stipula del contratto (e poi ancora fino all'adempimento delle obbligazioni contrattuali), discende, de plano, il dovere della stazione appaltante di compiere i relativi accertamenti con riguardo all'intero periodo (Cons. Stato, Ad. Plen. 20 luglio 2015, n. 8; 25 febbraio 2014, n. 10; Sez. IV, 4 maggio 2015, n. 2231; Sez. III, 10 novembre 2021, n. 7482); in particolare, "la regola sarebbe insita nel comma 6 dell'art. 85 cit. secondo cui <Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1,2, 4 e 5>*".

Così ricostruito l'ambito di riferimento della questione, l'Adunanza plenaria afferma il terzo principio di diritto in forza del quale "*il concorrente che impugna l'aggiudicazione può sempre dimostrare, con qualunque mezzo idoneo allo scopo, sia che l'aggiudicatario fosse privo, ab origine, della regolarità fiscale, sia che egli abbia perso quest'ultima in corso di gara*".

La peculiarità del caso di specie è attestata dalla constatazione, in punto di fatto, che al momento della presentazione dell'offerta, non sarebbe emersa, dall'esame del "cassetto fiscale" dell'operatore economico, l'esistenza di alcun debito atteso che solo successivamente, nel citato luogo virtuale sarebbero state inserite alcune cartelle di pagamento, una delle quali, tra l'altro, concernente il debito di 18.000 euro: quest'ultimo, tuttavia, sarebbe stato estinto prima della notifica della cartella esattoriale e, soprattutto, in corso di causa.

Non essendoci dubbi sulla constatazione che "*il contributo unificato va ascritto alla categoria delle entrate tributarie, delle quali condivide tutte le caratteristiche essenziali, <quali la doverosità della prestazione e il collegamento della stessa ad una pubblica spesa, cioè quella per il servizio giudiziario, con riferimento ad un presupposto economicamente rilevante> (cfr. Corte Cost., 7 febbraio 2005, n. 73; Cons. Stato, Sez. V, 4 maggio 2020, n. 2785; Cass. Civ., Sez. Un., 5 maggio 2011, n. 9840)*" ed altresì che "*identica natura fiscale va riconosciuta alle sanzioni pecuniarie conseguenti al mancato o al ritardato pagamento del contributo unificato, trattandosi di*

obbligazioni accessorie che hanno fondamento in un rapporto di tipo tributario (si veda l'art. 2, comma 1, del D. Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, che, infatti, attribuisce la giurisdizione sulle sanzioni in parola al Giudice Tributario)”, l’Adunanza plenaria ribadisce che “il mancato pagamento delle sanzioni irrogate a seguito del mancato versamento del contributo unificato nei tempi previsti integra la causa di esclusione prevista dall’art. 80, comma 4, del D. Lgs. n. 50 del 2016, laddove la violazione sia grave e definitivamente accertata”.

Del resto, la qualificazione in termini di gravità era connessa alla circostanza indubbia che “*il debito si poneva oltre la soglia di 5.000 euro issata dall’art. 48-bis, commi 1 e 2-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, espressamente richiamato dall’art. 80, comma 4, del D. Lgs. n. 50/2016” e, nel contempo, “definitivamente accertata, poiché, l’invito di pagamento, valevole quale atto di accertamento della debenza, sia in relazione al contributo unificato dovuto, sia, ai sensi dell’art. 17, comma 1, della L. 18 dicembre 1997, n. 472, con riguardo alle sanzioni pecuniarie da corrispondere per il caso di mancato o ritardato versamento dello stesso, era stato, correttamente, notificato alla (...) all’indirizzo del difensore presso il quale aveva eletto domicilio (si vedano le dichiarazioni in tal senso rese dalla detta società), così come, espressamente, previsto dall’art. 248, comma 2, del D.P.R. n. 115 del 2002”.*

L’Adunanza plenaria rimarca, nella motivazione, la circostanza che “*l’invito di pagamento non è stato impugnato, con conseguente cristallizzazione della obbligazione concernente tanto il contributo unificato, quanto la sanzione pecuniaria (Cons. Stato, Sez. V, 2 maggio 2022, n. 3439; idem 14 aprile 2020, n. 2397; Cass. Civ., Sez. Trib., 7 luglio 2022, n. 21538)”, evidenziando la sussistenza del debito perché “l’art. 14, comma 1, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, stabilisce che la parte “che deposita il ricorso introduttivo ... è tenuta al pagamento contestuale del contributo unificato”.*

Da ultimo, si segnala la statuizione in ordine alla declaratoria di inefficacia del contratto che appare costruita in maniera sintetica in quanto correlata ad elementi generici: “*ai sensi dell’art. 122 del codice del processo amministrativo, trattandosi di un appalto di servizi, va altresì dichiarata, in accoglimento della domanda all’uopo proposta dall’appellante principale, l’inefficacia del contratto stipulato con l’aggiudicataria, dopo il decorso del termine di cinquanta giorni (che si fissa per ragioni di carattere organizzativo), decorrente dalla data di pubblicazione della presente sentenza.*

Con la medesima decorrenza, va disposto il subentro nel contratto della (...), previo riscontro, da parte della stazione appaltante, del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara”.

Del resto, “*non è stata, infatti, prospettata dall’Amministrazione appellata la sussistenza di ostacoli alla dichiarazione di inefficacia del contratto concluso con l’aggiudicataria e alla condanna al subentro nel contratto, in favore dell’appellante”.*

La sentenza dell’Adunanza plenaria offre all’Avvocatura specializzata l’occasione di rinnovare una rivendicazione e, nel contempo, induce una riflessione in ordine all’atteggiarsi del rapporto tra l’avvocato ed il proprio assistito.

È innegabile il principio cardine dell’ordinamento costituzionale per cui agire in giudizio per tutelare una situazione giuridica è un diritto riconosciuto a tutti, sicché esso è di per sé incompressibile: senonché tale ultimo approdo sconta ... il contributo unificato.

Quest’ultimo nel settore degli appalti è particolarmente elevato e, peraltro, sganciato dai criteri mutuati dal codice del rito civile per divenire un balzello certamente esoso come gli avvocati amministrativi hanno recriminato a più riprese e recriminano a gran voce: nell’interesse, innanzitutto, della giustizia e delle imprese.

La sentenza commentata ribadisce che il contributo unificato è da qualificarsi come una tassa da versare a favore dell’erario ogni qualvolta si decide di avviare un processo e tale natura riverbera i propri effetti, laddove non si adempia, rispetto ai requisiti generali per la partecipazione alle gare pubbliche.

Senza voler tornare su questioni già esaminate dalla Corte Costituzionale con la convalida della Corte di Giustizia che si è pronunciata per la conformità della normativa italiana al diritto dell’Unione europea in materia di contributo unificato per la presentazione di ricorsi amministrativi

nella materia degli appalti pubblici, mediante il richiamo all'indiscussa osservanza – da parte dello Stato italiano – dei principi di effettività, equivalenza ed effetto utile nella disciplina dell'accesso alla giustizia, la misura del contributo unificato, aumentato del 50% nel grado di appello, si trasforma, per esperienza comune a tutti gli avvocati amministrativisti, in una sorta di disincentivo per l'accesso alla giustizia amministrativa e si pone in guisa di ostacolo alla tutela delle piccole e medie imprese e, soprattutto, di quelle che operano nei settori dei servizi e delle forniture che per il peso finanziario del contributo unificato spesso si trovano impossibilitate a far valere le loro ragioni. In ogni caso, dalla sentenza dell'Adunanza plenaria si staglia, con nitidezza e risolutezza, l'obbligo del difensore, in quanto destinatario dell'invito al pagamento del contributo unificato, di darne contezza adeguata e tempestiva al proprio cliente per evitare che siano a lui ascritte responsabilità conseguenti alla <perdita> dei requisiti di accesso alle gare pubbliche da parte dell'operatore economico ricorrente che abbia omesso o ritardato il pagamento del contributo unificato a seguito di apposita sollecitazione da parte degli uffici giudiziari.

TAR Lazio, Roma, Sez. V ter, sentenza n. 8580 del 30 aprile 2024, Pres. di Nezza, Est. Tricarico

TAR Veneto, Sez. III, sentenza n. 632 del 3 aprile 2024, Pres. Nasini, Est. Gana

Il TAR Lazio-Roma, Sez. V ter, con sentenza 30.4.2024 n. 8580 si pronuncia sulla applicabilità della normativa in tema di equo compenso (l. n. 49/2023) alle gare di progettazione dei servizi di architettura e ingegneria nel regime del nuovo codice dei contratti pubblici, preceduto solo dal TAR Veneto, con sentenza 3 aprile 2024, n. 632, resa in fattispecie disciplinata dal d. lgs. n. 50/2016.

Sono, allo stato, gli unici precedenti sul tema specifico, fondati su argomentazioni giuridiche assimilabili anche se afferenti fattispecie diverse: il TAR Veneto dichiara l'illegittimità di una aggiudicazione in favore di concorrente titolare di offerta che erode il corrispettivo corrispondente all'equo compenso in una gara disciplinata dal d. lgs. n. 50/2016 e, in via di eterointegrazione, dalla l. n. 49/2023, su ricorso di altro concorrente che ha formulato censura che interessa esclusivamente le spese generali, mentre il TAR Lazio dichiara la legittimità della *lex specialis* e degli atti conseguenziali (esclusione di un concorrente titolare di offerta che riduce la quota dell'equo compenso, circostanza accertata nel sub procedimento di verifica dell'anomalia) in una gara disciplinata dal d. lgs. n. 36/2023 che espressamente prevede l'applicazione della l. n. 49/2023 e la parte del corrispettivo oggetto di ribasso.

Entrambe le pronunzie ricostruiscono l'istituto dell'equo compenso e le finalità ad esso sottese, prima tra tutte quella di garantire la percezione di un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, e -con specifico riferimento all'oggetto dei giudizi- conforme ai parametri previsti *“per i professionisti iscritti agli ordini e collegi, dai decreti ministeriali adottati ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27”* (art. 1, co. 1, lett. b).

Entrambe affermano la compatibilità della disciplina dell'equo compenso con la normativa eurounitaria e l'insussistenza di antinomie tra le disposizioni della l. n. 49/2023 e quelle contenute nei codici dei contratti pubblici 2016 e 2023.

Sotto il primo profilo, non sussiste nessun contrasto tra le disposizioni predette e la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) o il diritto di prestare servizi in regime di concorrenza (artt. 101 TFUE e 15 direttiva 2006/123/CE).

La normativa sull'equo compenso non è *“in grado di pregiudicare l'accesso, in condizioni di concorrenza normali ed efficaci, al mercato italiano da parte di operatori economici di altri Stati dell'Unione Europea [...] Si tratta [...] di un rafforzamento delle tutele e dell'interesse alla partecipazione alle gare pubbliche, rispetto alle quali l'operatore economico, sia esso grande, piccolo, italiano o di provenienza UE, è consapevole del fatto che la competizione si sposterà eventualmente su profili accessori del corrispettivo globalmente inteso (ad esempio, [...] sulle spese generali) e, ancor di più sul profilo qualitativo e tecnico dell'offerta formulata. [...] il meccanismo derivante dall'applicazione della legge n. 49/2023 è tale da garantire sia dei margini di flessibilità*

e di competizione anche sotto il profilo economico, sia la valorizzazione del profilo qualitativo e del risultato, in piena coerenza con il dettato normativo nazionale e dell'Unione Europea".

Neppure può assumere rilievo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e, in particolare, la sentenza 4 luglio 2019, nella causa C-377/17 – in cui non si individuano preclusioni assolute, riconoscendosi, viceversa, in capo agli Stati Membri il potere di introdurre tariffe minime per le prestazioni professionali che siano non discriminatorie, necessarie e proporzionate alla realizzazione di un motivo imperativo di interesse generale *ex art. 15, par. 3, della direttiva 2006/123/CE* – o la recente sentenza 25 gennaio 2024, nella causa C-438/22, che ha ritenuto ostativa l'applicazione di una normativa che fissi importi minimi degli onorari degli avvocati, in quanto in questo caso gli importi erano stati determinati *"in assenza di qualsiasi controllo da parte delle autorità pubbliche e di disposizioni idonee a garantire che esso si comporti quale emanazione della pubblica autorità"* dal Consiglio superiore dell'Ordine forense della Bulgaria, ritenuto *"un'associazione di imprese, ai sensi dell'articolo 101 TFUE"*, in un contesto del tutto diverso da quello oggetto dei giudizi dinanzi ai TAR, in cui rilevano norme di carattere generale (la l. n. 49/2023 e gli inerenti decreti ministeriali) adottate da autorità pubbliche e, per questo, non sussumibili nell'ambito (soggettivo e oggettivo) di applicazione dell'art. 101 TFUE (rivolto a vietare *"tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno"*).

Quanto agli adombrati profili di incompatibilità tra la legge n. 49/2023 e il d.lgs. n. 36/2023 (e n. 50/2016), ne è stata esclusa la configurabilità in quanto:

- un'antinomia può configurarsi *"in concreto"* allorchè in sede applicativa due norme connettono conseguenze giuridiche incompatibili ad una medesima fattispecie concreta, mentre nell'ipotesi in esame l'interpretazione letterale e teleologica della legge n. 49/2023 depone in maniera inequivoca per la sua applicabilità alla materia dei contratti pubblici;
- non può ritenersi che le esigenze di protezione sottese alla disciplina dettata dalla l. 49/2023 non possano operare nella materia appalti pubblici, sulla base della considerazione che in tale ambito la prestazione avviene dopo un libero confronto tra gli operatori e con la garanzia di adeguati meccanismi atti proprio ad evitare la presentazione di offerte eccessivamente basse e quindi non sostenibili; invero, la legge n. 49/2023, oltre a perseguire obiettivi di protezione del professionista, mediante l'imposizione di un'adeguata remunerazione per le prestazioni da questi rese, contribuisce, analogamente al richiamato giudizio di anomalia dell'offerta, proprio ad evitare che il libero confronto competitivo comprometta gli *standard* professionali e la qualità dei servizi da rendere a favore della pubblica amministrazione;
- il dato testuale è inequivoco; da un canto la l. n. 49/2023, per espressa previsione, si applica alle prestazioni rese in favore della p.A., senza esclusioni, e dall'altro canto l'art. 8 del d.lgs. n. 36/2023 impone alle pubbliche amministrazioni di garantire comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso nei confronti dei prestatori d'opera intellettuale.

Peraltro, la *lex specialis*, laddove non disciplini lo specifico profilo dell'equo compenso, gara deve ritenersi essere stata eterointegrata con le disposizioni della n. 49/2023, considerate imperative e cogenti.

L'imperatività della normativa in esame è correlata non solo alla previsione testuale della nullità del patto in deroga all'equo compenso, ma anche allo scopo del provvedimento che è quello di assicurare al professionista un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, sia in sostanziale attuazione dell'art. 36 Cost., sia per rafforzare la tutela dei professionisti nel rapporto contrattuale con specifiche imprese, che per natura, dimensioni o fatturato, sono ritenute contraenti forti, ovvero, per quanto qui rileva, con le pubbliche Amministrazioni.

Il carattere imperativo della norma determina l'ulteriore conseguenza della doverosa esclusione dei concorrenti che formulino ribassi in violazione dell'equo compenso.

Di rilievo gli argomenti addotti per negare l'onere di impugnazione immediata del bando (che non prevede l'applicazione dell'equo compenso e che neppure lo escluda), stante la possibilità di offrire un ribasso solo le spese generali e che non incide sull'equo compenso, determinato ai sensi del d.M. 17 giugno 2016 (*"Approvazione delle Tabelle dei corrispettivi commisurati a livello qualitativo delle prestazioni di progettazione adottato ai sensi dell'art. 24, comma 8, del Codice"*).

Per incidens, è bene osservare che a diversa soluzione dovrebbe pervenirsi laddove la disciplina di gara determinasse la base d'asta in un importo coincidente con l'equo compenso, in mancanza quindi di una quota di compenso sulla quale operare il ribasso; in questo caso l'impugnazione immediata sarebbe necessaria in quanto le prescrizioni di gara renderebbero impossibile la presentazione di una offerta conforme a legge.

Neppure rileva l'asserita diversità del tenore letterale dei commi 1 e 3 dell'art. 2 della l. n. 49 del 2023, dalla quale emergerebbe che, nei rapporti con la p.A., la legge sull'equo compenso sarebbe applicabile esclusivamente alle prestazioni rese da singoli liberi professionisti nell'ambito di un contratto d'opera caratterizzato dall'elemento personale (lavoro autonomo), con l'esclusione delle prestazioni rese da società e imprese, laddove vi è una articolata organizzazione di mezzi e risorse e assunzione del rischio imprenditoriale. Ciò in quanto la scelta di applicare la disciplina sull'equo compenso esclusivamente alle prestazioni di natura intellettuale rese in favore della p.A. dal singolo professionista, che non necessita (o comunque non si avvalga) di un'organizzazione di mezzi e risorse, non sarebbe logicamente giustificabile, stante l'ontologica corrispondenza tra le prestazioni rese dal singolo e quelle rese nell'ambito di una società/impresa, dovendosi altresì considerare che si concretizzerebbe una inammissibile disparità di trattamento in favore delle società di professionisti che potrebbero in ipotesi trarre vantaggio dalla mancata applicazione della normativa in materia di equo compenso e quindi praticare ribassi sui compensi impossibili per il professionista singolo.

È da escludersi anche la possibile incompatibilità tra la disciplina sull'equo compenso e l'art. 108, co. 2, del nuovo codice dei contratti pubblici (art. 95, comma 2, codice previgente), nella parte in cui impone l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, in considerazione della circostanza che non può ritenersi preclusa la possibilità di applicazione di siffatto criterio di aggiudicazione nel gare per l'aggiudicazione dei servizi di architettura e ingegneria; infatti, il compenso del professionista è solo una delle componenti del prezzo determinato come importo a base di gara, al quale si affiancano altre voci, relative in particolare a spese generali ed oneri accessori che possono essere soggette a ribasso. L'art. 41, comma 15, e l'all. I.13 al d.lgs. n. 36/2023 non correlano la base d'asta solo all'importo derivante dalla applicazione delle tariffe professionali e non precludono l'applicabilità di un ribasso alla base d'asta così composta, dovendo le predette disposizioni interpretarsi in coerenza con l'art. 8, d.lgs. n. 36/2023, ai sensi del quale le pubbliche amministrazioni debbono garantire comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso nei confronti dei prestatori d'opera intellettuale.

In conclusione, le pronunzie sono sorrette da convincenti argomentazioni giuridiche e conferiscono un solido fondamento ai provvedimenti delle stazioni appaltanti chiamate ad applicare la disciplina dell'equo compenso nelle gare per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria.

Ma soprattutto consentono (anzi, consentirebbero, il condizionale è d'obbligo) di superare i rilievi dell'Anac riferiti ad una insanabile incompatibilità tra l'equo compenso e la disciplina dei contratti pubblici, rilievi che sollevano dubbi sovrapponibili alla prospettazione disattesa con le sentenze in commento e rendono opportuno un intervento chiarificatore da parte del Legislatore.

Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 2515 del 15 marzo 2024, Pres. Simonetti, Est. Gallone

Il Consiglio di Stato, Sez. VI, con la sentenza n. 2515 pubblicata il 15 marzo 2024, affronta il delicato tema del rapporto tra gli istituti dell'interdittiva antimafia e del controllo giudiziario cd. volontario di cui all'art. 34-bis, co. 6 e 7 del d.lgs. n. 159/2011 e di questi con il giudizio amministrativo di impugnazione della misura prefettizia.

La fattispecie oggetto della sentenza in commento riguarda l'impugnativa proposta da un'impresa destinataria di un'interdittiva antimafia – annullata dal TAR in primo grado con pronuncia poi confermata in appello – ammessa, nelle more della definizione del giudizio dinanzi al G.A., dal competente Tribunale per la Prevenzione al controllo giudiziario volontario ex art. 34-bis del codice antimafia.

In particolare, il giudizio ha ad oggetto l'impugnativa di alcuni provvedimenti adottati da amministrazioni e società pubbliche con cui si era disposta la revoca della concessione di benefici economici pubblici in favore dell'impresa appellante, sostanzialmente in ragione del fatto che l'interdittiva antimafia emessa nei confronti della stessa fosse stata confermata dal Consiglio di Stato, a nulla rilevando l'intervenuta ammissione dell'impresa al controllo giudiziario e ciò in particolare per il fatto che i predetti benefici risalivano tutti al periodo anteriore all'adozione dell'interdittiva antimafia.

Viceversa, i provvedimenti di revoca impugnati nel giudizio oggetto della sentenza in commento sono stati tutti emanati successivamente all'ammissione dell'appellante al controllo giudiziario.

In particolare, la reiettiva sentenza di primo grado aveva affermato che: (i) sugli atti gravati, rientrando nella gestione passata della società in relazione alla quale l'interdittiva era stata adottata, questa aveva già spiegato i suoi effetti; (ii) il controllo giudiziario sospende temporaneamente gli effetti della misura interdittiva, senza eliminare quelli prodotti *medio tempore* dall'interdittiva; (iii) la salvezza degli effetti già prodotti dall'interdittiva sarebbe stata riconosciuta anche dalla giurisprudenza amministrativa e, segnatamente, dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del 26 ottobre 2020, n. 23.

L'appellante contesta la decisione di primo grado sulla scorta dei seguenti rilievi:

- la soluzione interpretativa del TAR darebbe vita a conseguenze illogiche e paradossali dal momento che, mentre l'informazione interdittiva antimafia a monte resterebbe inefficace, tutti gli atti a valle ed attuativi della stessa sarebbero validi ed efficaci, così restando frustrate le finalità dell'istituto ex art. 34-bis del codice antimafia;
- non vi sarebbe alcuna traccia testuale nella predetta disposizione relativa ad una limitazione della sospensione degli effetti dell'interdittiva;
- la sospensione dell'interdittiva non potrebbe che abbracciare tanto l'efficacia (ovverosia la capacità di produrre effetti giuridici) quanto l'esecuzione (cioè la concreta e materiale attività esecutiva) del provvedimento.

Sul punto, in primo luogo, osserva il Collegio che *“occorre muovere dal dato letterale del comma 7 dell'art. 34-bis del d.lgs. n. 159 del 2011 il quale stabilisce che ‘il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'articolo 34 o il controllo giudiziario ai sensi del presente articolo sospende [...] gli effetti di cui all'articolo 94' senza distinguere tra gli effetti giuridici prodottisi in praeterito ed effetti giuridici pro futuro (cioè, rispettivamente, prima e dopo la sua adozione) dell'interdittiva antimafia”*.

In particolare, secondo il giudice d'appello *“la sospensione dell'interdittiva non può che abbracciarne tanto l'efficacia ex art. 94 del d.lgs. n. 159 del 2011 (ovvero la capacità di produrre effetti giuridici) quanto l'esecuzione (cioè la concreta e materiale attuazione del suo dictum), anche in considerazione della circostanza che, nella sistematica generale della legge sul procedimento amministrativo (art. 21-quater, comma 1, l. n. 241 del 1990), l'efficacia è presupposto per l'esecutività del provvedimento (id est l'attitudine dello stesso ad essere portato ad esecuzione)”*.

Si afferma, dunque, che un'ipotesi di sospensione *ex lege*, ai sensi dell'art. 34-bis co. 7 cit., degli effetti del provvedimento interdittivo che guardi soltanto al futuro *“si discosterebbe in maniera del tutto irragionevole dal suo modello normativo più prossimo rappresentato dalla sospensione cautelare dell'efficacia ex art. 55 e ss. c.p.a. disposta dal giudice amministrativo, la quale, per sua consolidata fisionomia, investe anche (e soprattutto) gli effetti giuridici già prodotti dal provvedimento”*

A conferma di quanto appena evidenziato, osserva il Collegio, soccorrono i principi di diritto enunciati in A.P. n. 7 del 2023 secondo cui, seppur ai soli fini dell'esclusione di un rapporto di pregiudizialità necessaria ex art. 295 c.p.c. tra il giudizio impugnatorio avverso il provvedimento

interdittivo e quello preordinato all'ammissione al controllo giudiziario volontario dell'impresa, tali procedure sono del tutto autonome e seguono sorti distinte.

In particolare, afferma la sentenza che *“l'assetto dei rapporti, disegnato dall'Adunanza Plenaria, tra procedura di controllo giudiziario 'volontario' e giudizio amministrativo avente ad oggetto l'informazione interdittiva antimafia porta, pertanto, ad escludere per quanto qui interessa, che la definizione del secondo (con la definitiva reiezione spiegata avverso il provvedimento interdittivo) faccia venire meno anche l'effetto sospensivo discendente dall'ammissione (e dalla pendenza) della procedura di cui all'art. 34-bis del d.lgs. n. 159 del 2011, così interferendo con questa”*.

Una diversa interpretazione, in effetti, comprometterebbe irrimediabilmente *“la dimensione dinamica e la finalità conservativa-recuperatoria della misura del controllo giudiziario”* cosicché *“l'impresa ammessa ad essa (che ha, peraltro, dovuto obbligatoriamente adire anche il giudice amministrativo) si troverebbe nuovamente esposta agli effetti negativi dell'interdittiva e tanto potrebbe ostacolare (se non rendere addirittura impossibile) il processo di 'recupero della legalità' intrapreso sotto l'egida del Tribunale penale”*.

Nondimeno, conclude sul punto il Collegio che la sospensione *ex lege* degli effetti dell'informazione interdittiva antimafia è *“comunque ad tempus e legata all'effettiva pendenza del controllo giudiziario”*, evidenziando in tal senso il potere-dovere della Prefettura ai sensi dell'art. 91, co. 5 del d.lgs. n. 159/2011, anche nell'ipotesi in cui il controllo giudiziario non sia ancora concluso, di *“aggiornare in sede amministrativa, anche su richiesta dell'interessato, l'esito dell'informazione al venire meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa, pure, se del caso, prendendo in considerazione i risultati provvisori (ovvero definitivi) del controllo giudiziario medesimo”*.

La sentenza in commento assume particolare rilevanza in materia di interdittiva antimafia sotto diversi profili.

Anzitutto, seppur non in termini espliciti, emerge il carattere totalizzante e comunque fortemente incisivo del provvedimento prefettizio di interdittiva antimafia che, come riconosciuto pure in taluni arresti dalla giurisprudenza amministrativa, equivale ad una forma di *“ergastolo civile”* ovvero di *“ergastolo delle imprese”* (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 758/2019), ciò che ne svela il carattere decisamente straordinario sotto il profilo dell'utilizzabilità, tant'è vero che è qualificato alla stregua di *extrema ratio* (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. III, n. 4979/2020; TAR Campania, Napoli, Sez. I, n. 4439/2023).

In tale prospettiva, la Sez. VI individua nello strumento del controllo giudiziario volontario di cui all'art. 34-bis del d.lgs. n. 159/2011 il più efficace rimedio spontaneo che l'impresa possa attivare al fine di reagire concretamente rispetto ai tentativi di infiltrazione mafiosa ipotizzati dall'Autorità procedente.

Orbene, una volta ammessa a tale forma di controllo, l'impresa di fatto avvia una sorta di percorso di riabilitazione *“sotto l'egida del Tribunale penale”* che per sua natura e finalità non può essere messo a repentaglio dall'eventuale definizione in senso sfavorevole del giudizio amministrativo avverso il provvedimento interdittivo il quale, peraltro, costituisce presupposto indefettibile per la proposizione dell'istanza di ammissione al controllo giudiziario.

Pertanto, in modo cristallino la sentenza in commento chiarisce, anche alla stregua dell'insegnamento dell'Adunanza Plenaria n. 7 del 2023, l'indipendenza dei due procedimenti e l'assenza di pregiudizialità in senso stretto tra questi, evidenziando la neutralizzazione – seppur provvisoria – degli effetti della misura prefettizia.

Ciò che viene peraltro in rilievo dal dato letterale dell'art. 34-bis, d.lgs. n. 159/2011, a tenore del quale gli effetti dell'interdittiva sono sospesi dal provvedimento del Tribunale penale.

In altri termini, con la sentenza in questione, il Consiglio di Stato ha evidenziato che lo strumento del controllo giudiziario volontario mira a salvaguardare e garantire la sopravvivenza dell'impresa attinta da interdittiva antimafia, nell'ambito del percorso di *“bonifica”* da questa intrapreso, soprattutto sotto il profilo della sopravvivenza, laddove viene scongiurato il pericolo di perdita dei benefici economici di natura pubblica, che notoriamente rappresentano un importante strumento di

finanziamento per le imprese, con la conseguente salvaguardia di un'ulteriore gamma di interessi, quali ad esempio i livelli occupazionali ovvero le possibilità di investimento della stessa impresa. In conclusione, tale pronuncia è da salutare con favore poiché chiarisce quali sono i limiti del provvedimento interdittivo ed evidenzia le garanzie di cui godono le imprese nella fase successiva all'ammissione al controllo giudiziario.

In ogni caso, appare opportuna un'opera di armonizzazione tra gli orientamenti nelle diverse fasi di natura giurisdizionale che si innestano sull'emanazione di una interdittiva antimafia, in termini di sindacato della tenuta logica degli elementi a fondamento della stessa, anche tenuto conto della recente introduzione degli istituti di prevenzione collaborativa *ex art. 94-bis* del d.lgs. n. 152/2011, come novellato dal d.l. n. 152/2021.